

*EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL CHILENO: ¿SUPERAR EL ESTADO SUBSIDIARIO?*¹

Christian Viera

christian.viera@uv.cl

Universidad de Valparaíso, Chile.

Chile se apresta a vivir un momento único en su historia republicana, iniciando un inédito proceso constituyente. En el presente texto se revisará el contexto en que surge la actual Constitución y, principalmente, uno de sus principales núcleos de neutralización: la Constitución Económica. Finalmente, se propone un cambio en ese paradigma en sintonía con un Estado social y democrático de derecho.

Palabras clave: *Constitución económica, Estado social, derechos sociales, subsidiariedad.*

THE CHILEAN CONSTITUTIONAL PROBLEM: OVERCOME THE SUBSIDIARY STATE?

Chile is preparing to live a unique moment in its republican history, initiating an unprecedented constitutional process. This text will review the context in which the current Constitution arises and, mainly one of its main neutralization nuclei: the Economic Constitution. Finally, a change in this paradigm is proposed in tune with a social and democratic state of law.

Keywords: *Economic Constitution, welfare State, Social Rights, subsidiarity.*

Introducción

La Constitución chilena tiene variadas fuentes ideológicas que la sustentan, sin embargo, sólo quiero detenerme en dos: pensamiento humanista cristiano y neoliberalismo. La unión de ambas corrientes, al parecer irreconciliables, permite postular que su reunión ha favorecido una interpretación “sincrética” de la Constitución vigente, que resulta forzada y lleva a conclusiones contradictorias. Basta un ejemplo preliminar: el bien común para una perspectiva escolástica es diferente a la de una neoliberal al modo propuesto por Hayek.

La Constitución actual fue el fruto de una imposición en tiempos de la dictadura militar. Aunque ha tenido reformas, su paradigma autoritario y neoliberal sigue vigente. ¿Por qué es importante la genealogía? ¿Qué ocurrió en esos primeros años de preparación del texto constitucional? Fernando Muñoz (2016) nos da pistas para la comprensión, se trata de una Constitución de las élites. Dice Muñoz (2016) que, si se analiza la historia, se da una tensión constante entre estas dos dimensiones en que en un determinado momento prima la hegemonía que lleva a cabo una clausura epistémica en quienes suscriben a ella; produce puntos ciegos que protegen arreglos sociales determinados a solidificar la hegemonía que ellos encarnan, pero ninguna hegemonía ha sido eterna. La configuración del poder en toda sociedad se transforma de la mano de las modificaciones económicas, culturales, tecnológicas y políticas. ¿Cómo? En la lucha por el reconocimiento (Muñoz, 2016: 35).

Si revisamos el caso de Chile, en 1973 comienza un largo período que determina la actual hegemonía para lo cual la Constitución no es sino un instrumento más para su consolidación. A este aparato constitucional Muñoz lo llama “Constitución de las élites”. Y esta “Constitución excluyente”, hija de un contexto, choca con el contenido de una “Constitución democrática”.

En este trabajo se argumenta a favor de la inclusión de una fórmula política en la Constitución, el Estado social, lo que se traduce en la existencia de un modelo robusto para los derechos sociales que se fundan en un ideal de ciudadanía, que es sustantiva y no formal. Existen desigualdades estructurales y para hacerse cargo de ellas es necesaria la transformación del paradigma reinante. Un constitucionalismo transformador debe enfrentar las injusticias pretéritas y actuales, asumir esta realidad y construir una nueva propuesta pensando en el futuro y en las generaciones venideras.

1. Genealogía de la Constitución vigente.

Es sabido que la Constitución vigente no sólo tiene un déficit de legitimidad de origen, por las razones que se expondrán *infra*, sino que especialmente una falta de legitimación de ejercicio. Tal vez eso mismo explica, en parte, los resultados del plebiscito del pasado 25 de octubre de 2020.

El 11 de septiembre de 1973, no solo se depone al Presidente constitucional, sino que se inicia un proceso de transformación de la sociedad chilena en múltiples ámbitos, entre los que destacan el político institucional y el económico social. En el primero, se producirá en lo inmediato una concentración del poder político dado que desde esa fecha la Junta Militar asume el “mando supremo de la Nación”. Mientras que en el segundo, las tesis neoliberales comienzan a ser implementadas en todas las esferas sociales, restringiendo el rol del Estado como agente que actúa en la economía, pero en todas las esferas, incluso en las relativas a derechos sociales.

A efectos de esta breve sinopsis no me interesa revisar las etapas por las cuales pasó el diseño constitucional (Comisión de Estudios, Consejo de Estado, Junta de Gobierno) sino que me detendré en los problemas desde la perspectiva del origen y ejercicio que se ha hecho con esta Constitución. Es relevante detectar los núcleos problemáticos ya que la discusión por una nueva Constitución es un espacio para superarlos, pero también es posible que ahí terminen de consolidarse. La respuesta en este punto está abierta y su desarrollo dependerá tanto de la composición de la Convención como del diálogo que ahí se efectúe.

El 11 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno dictó el DL 1, que señala que “con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno (la Fuerza Pública, formada por el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y Carabineros) y asumen el Mando Supremo de la Nación”. Dado que no existía Congreso Nacional, la Junta debió acudir a legislación de facto para emitir normas jurídicas, en este caso, decretos leyes. Además, en este decreto se advierte la intencionalidad de la Junta de Gobierno de concentrar el poder a través del mando supremo, pero ¿qué supone esa expresión?, ¿cuál es el efecto práctico? Con el fin de aclarar esa fórmula, en noviembre de 1973 dicta el DL 128. En el artículo 1 se afirma que “la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo”. Al mismo tiempo, la Junta reconoce la vigencia de la Constitución de 1925, pero agrega que “las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella” (artículo 3, inciso 2), es decir, desde el 11 de septiembre de 1973 la Junta se atribuye el poder constituyente y, en virtud de esa atribución, cuenta con el poder para reformar la Carta Magna de 1925.

Conviene recordar que la Junta desde muy temprano asumió la necesidad de contar con una nueva Constitución, algo de lo que se da cuenta en el DS 1064, en el que se designa una “comisión para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado”, justificándolo a raíz de la “necesidad de reconstruir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República”.

Esta instancia se pasó a llamar Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC), también conocida como la Comisión Ortúzar, debido al apellido de su presidente, Enrique Ortúzar, la cual estuvo conformada mayoritariamente por profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile

y, además, fue homogénea ideológicamente. Cumplido retrata los problemas de pluralismo en este trabajo, un *limitado* pluralismo, “pero tan limitado, que estaba en ese límite en que no puede tener sentido hablar de pluralismo. Se trataba de un caso en el cual el adjetivo (limitado), destruye al sustantivo (pluralismo)” (Chaparro, 1983: 39).

La Comisión Ortúzar terminó su trabajo, después de cinco años, con la presentación de un anteproyecto de Constitución, que luego pasará al Consejo de Estado, la Junta y será sometido a un plebiscito. Este anteproyecto es, por cierto, el corazón de la Constitución tanto es así que al intentar acudir a la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución, autores y jurisprudencia acuden a lo desarrollado por la CENC.

El 10 de agosto de 1980, el General Augusto Pinochet anunció que la Junta de Gobierno, en ejercicio del poder constituyente, había aprobado la nueva Constitución y que convocaba a la ciudadanía a un plebiscito para ratificarlo (Cea, 2008: 79), el cual se realizó el 11 de septiembre de 1980, en el cual se presentaron dos opciones para validar la Constitución propuesta: Si y No. La primera alternativa triunfó con el 67,4% de los votos, razón por la cual la nueva Carta Magna fue promulgada el 21 de octubre de 1980. ¿Para qué se realiza ese plebiscito si el poder constituyente radica en la Junta? Volveremos sobre eso. A raíz de esto, existen dos críticas sobre la génesis de la Constitución vigente, la atribución del poder constituyente que realizó Junta de Gobierno y el plebiscito “ratificatorio” del 11 de septiembre de 1980.

¿Cuál es el fundamento de la Junta para atribuirse el poder constituyente? En este punto, al parecer gran protagonismo le cabe a Jaime Guzmán Errázuriz. Según Cristi, Guzmán accedió a la noción de poder constituyente a través de Sánchez Agesta el que a su turno depende teóricamente de Carl Schmitt (Cristi, 2000:77).

La influencia de Schmitt en Sánchez Agesta se advierte en el decisionismo con que caracteriza al poder constituyente, que lo explica como “la voluntad capaz de decidir sobre el contenido de un orden es el *poder constituyente genuino*, como actividad política pura aprehendida en su pura esencia de crear un orden” (Sánchez, 1951: 326). Esta voluntad se encuentra más allá de todos los poderes constituidos y más allá de todas las razones que puedan fundar un derecho al ejercicio del poder; es pura facticidad histórica (Sánchez, 1951: 339).

Por lo tanto, a la luz de los antecedentes descritos y en correspondencia con el enfoque elitista descrito de Mosca, Pareto y Michels respecto a la existencia de una élite de poder que gravita e influye en los asuntos propios de un Estado, en el caso de la actual Constitución chilena, esta nace de un minúsculo grupo de militares y no tras un proceso amplio de deliberación colectiva².

² Para profundizar esta idea de una Constitución de las elites, puede revisarse el libro de Muñoz, *Hegemonía y Nueva Constitución* (2016: 93-99).

Un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile detecta bien el problema de la importancia jurídica y política del plebiscito del 11 de septiembre de 1980, y lo explican en un inserto publicado en *El Mercurio*. Señalan que

bien pudo la Honorable Junta de Gobierno, en cuanto titular del Poder Constituyente originario, haberse limitado en su ejercicio a los estudios efectuados por la Comisión Constituyente, el Consejo de Estado y ella misma y haber dictado y puesto en vigencia la nueva Constitución sin más trámite. Luego, mal puede restarse validez a la convocatoria a plebiscito que por razón de prudencia y no de necesidad jurídica se ha estimado del caso llevar a cabo (Gaete et al, 1980: C.4).

Por lo tanto, el referéndum no tiene ningún valor ya que se trata de una consulta sin poder vinculante que sólo se justifica en la prudencia política de la Junta. Por tanto, nunca fue ni un plebiscito aprobatorio ni ratificatorio toda vez que el poder constituyente no se restituyó al pueblo de Chile.

Además, ese acto electoral, en términos procedimentales, presentó diversas irregularidades. En efecto, se realizó estando vigente el estado de excepción de emergencia, violación masiva y sistemática de derechos fundamentales, inexistencia de registros electorales o control para calificar el acto eleccionario³.

2. La problemática legitimidad de la Constitución chilena

Este texto se escribe dos meses después de que la opción Apruebo ganara de manera contundente en el plebiscito del 25 de octubre de 2020. Sin embargo, la discusión constitucional no parte en octubre de 2019 -cuando se convoca a esta consulta constitucional-, sino que se advertían señales del agotamiento constitucional, al menos, tras las movilizaciones estudiantiles de 2011. De hecho, el programa de gobierno de 2014 de la entonces candidata a la Presidencia de la República Michelle Bachelet Jeria señalaba que su propuesta descansaba en tres pilares: reforma tributaria, reforma educacional y nueva Constitución. El programa sostenía que:

la idea que recorre el texto actual, aún con las modificaciones que se le han efectuado, está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los *quora* contramayoritarios para la

³ Un relato pormenorizado de las irregularidades de ese acto se puede encontrar en el texto de Claudio Fuentes, *El Fraude* (Fuentes, 2013).

aprobación y modificación de las leyes importantes. Ello no es propio de un sistema democrático; contribuye a la deslegitimación del sistema político; y actualmente constituye un freno al desarrollo del país, y a su gobernabilidad (Bachelet, 2013: 30).

Este documento señalaba que se iba a inaugurar un proceso de cambio constitucional en que el nuevo texto descansará en ciertos cimientos: derechos humanos, garantías, deberes, sistema político y una referencia final al mecanismo de elaboración y aprobación de la nueva Constitución (Bachelet, 2013: 30-35).

Sin embargo, durante los primeros 25 años de vigencia de la Carta Magna de 1980 la cuestión de la legitimidad constitucional estuvo fuera del debate. La Constitución fue aceptada como un *factum*, lo mismo que el conjunto normativo creado en dictadura, muchos de los cuales eran decretos leyes previos a la Constitución de 1980. Al parecer, como señala Salvat (2002) la “prudente gobernabilidad sistémica” produjo un asentimiento colectivo acrítico frente a la historia político – constitucional reciente (Salvat, 2002: 195-196). Ejemplo de ello es la postura del ex Presidente de la República, Patricio Aylwin, quien dijo que

“puestos a la tarea de buscar una solución, lo primero es dejar de lado la famosa disputa sobre la legitimidad del régimen y su Constitución. Personalmente yo soy de los que considera ilegítima la Constitución de 1980... (pero) esa Constitución – me guste o no – está rigiendo. Este es un hecho de la realidad que yo acato” (Otano, 2006: 21).

Robert Barros identifica las dificultades genealógicas de la Constitución chilena y sostiene que en agosto de 1980, cuando la Constitución fue presentada públicamente, la Carta Magna no pudo ser separada de su origen autoritario y su contexto: la Constitución ha sido impuesta desde arriba y los organismos que la prepararon trabajaron a puertas cerradas; la Junta era integrada por cuatro comandantes militares no elegidos; además, la única participación ciudadana fue en un dudoso plebiscito en medio de un estado de emergencia. De igual modo, no hizo nada para alterar el carácter dictatorial del régimen, pues las disposiciones transitorias permitieron que Pinochet continuara ocho años más en el poder, dándole también mayores poderes represivos, y a la Junta militar, junto con ser poder ejecutivo, obtuvo la tarea de legislar. De ahí que en su génesis y por los efectos que produce, la Constitución de 1980 aparece como obra maestra de Constitución autoritaria (Barros, 2002: 2017).

Otros miran la legitimidad de la Carta Fundamental a través del paso del tiempo. Aceptan la razonabilidad de las críticas que se efectúan al proceso de gestación de la Constitución, sin embargo, sostienen que con el paso de los años y especialmente a partir de las reformas de 1989 la sociedad chilena y sus representantes aceptaron la Constitución como la norma fundamental de la República, sin perjuicio de reconocer la necesidad de reformarla en lo sucesivo, a fin de transformarla en una Constitución claramente democrática (Cea, 2008; Fernández, 2001).

Con todo, las reformas a la Constitución que se iniciaron en 1989 han establecido un mínimo democrático, pero no han logrado superar la crítica de la rigidez del proceso de reforma constitucional como tampoco ha sido posible sortear los mecanismos de neutralización política para reformar aspectos claves del modelo político y social que se justifican en la Constitución.

Un par de ejemplos recientes justifica esta afirmación: STC 2787-15 (proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado): resultado, 5-5, dirime presidente del TC y se rechaza requerimiento; 2935-2015 (declaración de inconstitucionalidad de las partes de las glosas de educación, proyecto de ley de presupuestos 2016), se declara inconstitucional la glosa presupuestaria relativa a “gratuidad”, 6-4; STC 3016-2016 (requerimiento presentado por Senadores respecto de proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales). En este punto, es emblemático el asunto de la titularidad sindical, propuesta que es declarada inconstitucional 6-4; STC, rol 3729-17, Requerimiento presentado por Senadores respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales), en materia de objeción de conciencia el TC agregó que se trata de un derecho que corresponde no sólo a las personas naturales sino que también a las personas jurídicas; STC 4317-2018, Control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre educación superior. En este caso, declara inconstitucional el artículo 63, que prohibía que personas jurídicas con fines de lucro fueran sostenedores de Universidades.

Ni hablar de la reciente sentencia del TC sobre la inconstitucionalidad del proyecto de reforma a la Constitución con motivo del segundo retiro del 10% del ahorro previsional: sí, un proyecto de reforma a la Constitución, presentado por quien tiene potestad para reformarla según la misma Constitución es inconstitucional. Con una lectura así, la Constitución está sobre sus titulares, algo inédito y complejo de justificar, para no señalar derechamente que se trata de algo injustificable. La sentencia a la que refiero es la STC Rol N° 9797-20 (Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por el Presidente de la República, respecto del proyecto que modifica la Carta Fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica).

En todos estos casos, se trató de proyectos emblemáticos que intentaban reformar aspectos nucleares del modelo de desarrollo, especialmente en materia de derechos sociales: educación, protección al trabajo y sistema de pensiones. Sin embargo, no se pudieron concretar porque la Constitución entrampó dichos cambios. Por lo tanto, no es posible sostener que el ejercicio posterior que se ha hecho de la Constitución la ha legitimado ya que persisten las trabas para una modificación de aquello que fue petrificado en 1980, especialmente en el diseño socioeconómico.

La Constitución vigente surge en un contexto en que el horror forma parte de la vida cotidiana de miles de chilenos y chilenas. Hemos normalizado y olvidado

esta situación, desterrando a las víctimas y acogiendo la amnesia de nuestro propio holocausto. Los problemas procedimentales o las trampas constitucionales quedan cortas ante la verdadera tragedia constitucional chilena: las letras de la Constitución vigente están escritas con sangre. Si no nos hacemos cargo de nuestra Memoria constitucional, podemos estar condenados a repetir el horror. De ahí que compartamos lo que afirma Quinzio Figueredo al señalar que “la actual Carta Política de 1980 no cumple el requisito de ser expresión de un gran acuerdo democrático; por el contrario, fue generada en forma ilegítima [...] El único camino que genera una Constitución Política democrática, perdurable, eficaz, es el Poder Constituyente emanado de la voluntad popular” (Quinzio Figueredo, 2002: 176).

La Constitución chilena tenía un problema de legitimidad, tanto de origen como de ejercicio, pero para efectos de este trabajo, se ha descrito en la Constitución económica, que aventuro será la discusión más compleja en la Convención Constitucional.

3. La Constitución económica chilena: inhibición de derechos sociales

La categoría Constitución económica la utilizo en un sentido extenso y complementario al enfoque elitista, comprendiendo todas aquellas normas que “configuran y ordenan la actividad económica pública y privada en su conjunto”, (Viera, Bassa y Ferrada, 2016) tomando distancia con una comprensión formalista como lo es la noción de Orden Público Económico que ha dominado la literatura nacional todo este tiempo. En esta parte revisaré brevemente algunas instituciones fundamentales de la Constitución económica chilena, mostrando su funcionalidad para la consolidación de un modelo neoliberal autoritario y, consecuentemente, inhibidora de derechos sociales.

3.1 El principio de subsidiariedad: una interpretación parcial

Es paradójal la referencia al principio de subsidiariedad, aunque se sostiene que conforma “el imaginario con que convencionalmente se comprende y explica nuestro ordenamiento constitucional económico” (Vallejo, 2006: 248), no hay referencia explícita que lo consagre. Sólo ha sido una interpretación realizada por la doctrina y jurisprudencia constitucional (Faúndez-Sánchez, 2016: 207-231). En términos normativos, este principio se funda en tres enunciados: la autonomía de los grupos intermedios (artículo 1, inciso 3); el principio de *servicialidad* del Estado (artículo 1, inciso 4) y la regulación del estado empresario (artículo 19, numeral 21, inciso 2). En este ejercicio interpretativo, la doctrina ha sostenido que la Constitución recoge este principio, el cual tendría dos facetas, una negativa y otra positiva. La primera supone que el Estado no debe actuar en aquellos ámbitos en que los privados estén desempeñándose adecuadamente, pero, además, las competencias para la actuación del Estado se deben interpretar restrictivamente (Vallejo, 2016:

252). La perspectiva positiva significa que el principio funda un actuar para el Estado cuando los particulares no puedan o no quieran participar (Vallejo, 2016).

También se ha sostenido que se trata de una interpretación que, aunque dice basarse en el magisterio oficial de la Iglesia Católica solo adopta algunas formas en que este lo trata, y omite la referencia a la solidaridad, la cual también está presente en los documentos pontificios (Viera, 2010). Además, se trata de una propuesta hermenéutica en exceso originalista, con los problemas que produce esta perspectiva sobre la petrificación de las normas. Sobre este punto cabe destacar que las Actas de la Comisión de Estudios no contienen la historia de la Constitución ya que no detentaba el poder constituyente, además esa reflexión está condicionada por sus integrantes, que tenían una visión homogénea en términos políticos y sociales, y que la interpretación originalista no está abierta a la evolución sociohistórica del país.

La subsidiariedad, así interpretada, ha configurado el modo de operación de las instituciones que conforman la Constitución económica y ha tenido impacto en el desarrollo de los derechos sociales como la educación, la salud, la seguridad social y la vivienda (Bassa y Viera, 2017: 195). Lo que ha significado la modificación de la lógica y criterios para satisfacer estos derechos. De esta forma, las esferas señaladas son tratadas según criterios de mercado, razón por lo que la calidad de la prestación queda asociada a la capacidad de pago de las personas beneficiarias y, además, se produce una inversión de fines en torno a los derechos, dicho de otro modo, el fin —salud, educación o seguridad social— pasa a ser un medio para obtener utilidades, porque son los criterios mercantiles los que determinan la provisión. Por lo tanto, el acceso a los derechos sociales es, mediado por el dinero, lo que es propio de las ideas que se identifican con el neoliberalismo⁴. Esto provoca, en definitiva, que en nuestro país no existen derechos sociales, sino que bienes que se transan en un mercado.

Con todo, en Chile se ha producido una interesante conexión entre neoliberalismo y doctrina de la Iglesia, dos propuestas que, en principio, podrían parecer antagónicas. Son paradójales las fuentes a partir de las cuales se instaura nuestro modelo de desarrollo ya que, por un lado, se advierte la influencia de lo que llaman “pensamiento cristiano” y, por otra, la implementación de los postulados neoliberales, especialmente a partir de los trabajos desarrollados por Hayek. En esa línea, al parecer el pensamiento cristiano y el neoliberalismo son doctrinas que se oponen ya que, por ejemplo, para Hayek ideas como el bien común o la justicia social son conceptos vacíos de significado, los que a su turno son fundamentales para la matriz cristiana. ¿Cómo acomodar ambas perspectivas? Eso tiene un nombre que tomo de la teología y se llama justificación sincrética.

⁴ A modo de referencia, en el ámbito de la educación esto ha sido trabajado profusamente por Fernando Atria (2007; 2011; 2013; 2014).

Quisiera insistir en esta idea porque esta tensión de paradigmas tiene explicación. Hugo Sir (2016) lo ha llamado: “una religión necesita fieles” (Sir, 2016: 131). A partir de las ideas de Cárcamo-Huechante, Sir (2016) señala que “la implementación intensiva del modelo económico de libre mercado a nivel global se constituyó en una empresa de hombres de fe, y su dogmatización lo convirtió en una forma de religión [...] Hombres de fe: Sergio de Castro, Pablo Barahona, Rolf Lüders, Jorge Cañas, Hernán Büchi” (Sir, 2016). Esta idea de tensión entre religión y propuesta política, Sir la trabaja a propósito de la palabra “Esfuerzo” como categoría básica del neoliberalismo: “sin duda la idea de esfuerzo personal representa una secularización de la idea religiosa del sacrificio. Lo que se inicia con la retórica de las circunstancias excepcionales, pronto se confunde con la práctica, en el sentido más general y literal posible. El esfuerzo comprendido crecientemente como individual, pasa a ser parte de la cotidianidad, de la mano de la pura supervivencia como la más extendida expectativa, y una desconfianza mutua activamente estimulada por Gobierno y medios” (Sir, 2016: 135). Es decir, aunque podría parecernos que se trata de proyectos que no se concilian, la retórica neoliberal se nutre de ideas que cuentan con aceptación social y utilizan gramáticas similares en un esfuerzo de secularización.

3.2 Por un constitucionalismo transformador: Estado social y desarrollo de derechos sociales

El Estado social como fórmula política cuenta con antecedentes en la Constitución de Weimar o la de México y el autor que de mejor manera desarrolló la necesidad de este modelo fue Hermann Heller previo a la Segunda Guerra Mundial, aunque su implementación comienza tras el término de ésta, cuando Europa estaba en el suelo, producto de dos grandes conflictos en menos de cincuenta años, que se saldaron con millones de víctimas, se advierte que la paz social también pasa por asegurar ciertas condiciones materiales que aseguren la procura existencial.

Se produce una transformación en cuanto al papel que debe cumplir el Estado en la sociedad. Ya no se trata solo de la defensa de los derechos burgueses clásicos, sino que a partir de la premisa que no es posible un ejercicio real de la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de condiciones mínimas de existencia, el Estado deviene en distribuidor de prestaciones sociales de diversa índole. Como señala García-Pelayo, “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad” (García-Pelayo, 1989: 26).

El Estado centra sus funciones en la búsqueda y realización de la justicia distributiva y la justicia material, con un Estado gestor al servicio de los ciudadanos. Por tanto, las medidas concretas estarán encaminadas a la seguridad de aspectos vitales de la sociedad, que no solo tienen que ver con defensa, sino que también con la

prevención y sanción del delito o el cuidado del medio ambiente. En efecto, caben prestaciones como la fijación de un salario mínimo, la protección del empleo, la protección de la salud, el acceso a la vivienda, medidas para mejorar la distribución de la riqueza, la formación de capital cultural en las distintas clases sociales, entre otras, siendo lo relevante no tanto la implementación de políticas de nacionalización de los medios de producción, cuanto una justa distribución de lo producido llevada a cabo por la utilización para ese fin de la potestad impositiva fiscal. Es decir, el Estado social es una fórmula que supone una opción política que significa la existencia de derechos sociales, pero no como enunciados retóricos o anhelos de satisfacción para cuando existan las condiciones de financiamiento, sino que los derechos sociales son decisiones políticas de una comunidad y se relacionan con una comprensión de la ciudadanía en el marco de un constitucionalismo transformador.

Como ha señalado Lovera (2019), “la ciudadanía designa el criterio de pertenencia a una comunidad política, pertenencia que habilita a participar en condiciones de igualdad con los demás pares en la toma de decisiones colectivas que regulan la vida social” (Lovera, 2019: 111). Sin embargo, existen diferentes perspectivas para hablar de ciudadanía. De hecho, en términos constitucionales y legales, la ciudadanía se identifica con el derecho a sufragio. Si damos una breve revisión a nuestra historia, la extensión de la ciudadanía formal habría partido en 1874, con el fin del voto censitario, se amplifica en 1925 con esa nueva Constitución, también con el derecho a sufragio completo a las mujeres en 1949 y se completa durante la Unidad Popular, eliminando el requisito de la alfabetización. Estas modificaciones significan el engrosamiento del padrón electoral en pocos años pasando de 302.142 ciudadanos habilitados para sufragar en 1925 a 4.509.559 ciudadanos y (ahora sí) ciudadanas en 1973 (Lovera, 2019: 112).

Aparte de las modificaciones al derecho a voto, también es posible dar cuenta de otros cambios que apelan a la materialización de una igualdad real. Conviene recordar, que el artículo 1 de la Constitución vigente inicialmente señalaba que “los *hombres* nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (destacado es mío). Sin perjuicio que la palabra “hombre” no está tomada en sentido restringido sino como expresión de una pertenencia al género humano, las palabras no son neutras, sino que vivas y la evolución de las sociedades reclamen nuevos términos para expresar lo mismo, cuestión que no se reduce a lo meramente simbólico, sino que al reconocimiento de nuevas realidades. Por esta razón, mediante la Ley de Reforma Constitucional 19611 de junio de 1999 se sustituye la palabra “hombre” por un término inclusivo: “personas”. Curioso resulta, en todo caso, que el artículo 19 en su encabezado haya utilizado la palabra “persona” y no “hombres”, ya que el texto ha señalado desde su origen “la Constitución asegura a todas las personas”.

No obstante, modificar los enunciados normativos no es garantía de que las injusticias estructurales desaparezcan. Como ha referido Lovera, las formas de exclusión “aunque sin reconocimiento formal, han sido, en alguna medida, modeladas por las formas que alguna vez tuvimos y que las identificaron expresamente” (Lovera, 2019: 113).

En ese sentido, Lovera plantea que “se debe avanzar hacia una ciudadanía sustantiva, una forma de ciudadanía que busca hacer realidad los ideales de participación ‘con igualdad de oportunidades en la vida nacional’” (Lovera, 2019: 113).

Los derechos sociales permiten avanzar en la configuración de esta otra forma de ciudadanía, en la cual presta mayor atención a la idea de igual *membresía* y que, por lo mismo, exhibe una especial preocupación por la pertenencia y su rol en la configuración de la voluntad estatal. En efecto, una comunidad que no presta una atención adecuada a la membresía sustantiva de sus integrantes corre el riesgo de terminar alojando la voluntad estatal en las manos de unos pocos, transformándose, de este modo, en el patrimonio exclusivo de los y las que se encuentran mejor situados y situadas (King y Waldron, 1988: 429).

En este ideal de ciudadanía sustantiva se va más allá del ejercicio de derechos políticos asociados a la participación y limitados al derecho de sufragio. Reconocer derechos sociales en conexión con esta propuesta material de ciudadanía considera asegurar satisfacer las necesidades materiales de existencia de tal manera que “nadie se encuentre llevado a la posición [...] de tener que vender sus obligaciones cívicas a cambio de la comida o del albergue que necesita para vivir” (King y Waldron, 1988: 425-440). Si esto es así, una propuesta de esta naturaleza toma distancia del constitucionalismo de la igualdad formal, que podría, eventualmente, descansar en el *laissez-faire* del fenómeno económico, moviéndose a una consideración de la libertad e igualdad como emancipación y no dominación.

Aunque esta comprensión de los derechos sociales no es nueva, ya que es la manera en que son concebidos en la socialdemocracia. Como señala Salgado (2019), se conciben:

no como derechos subjetivos, ni como subsidios mínimos paralelos al mercado, sino como una afirmación de igualdad en ciertos ámbitos cruciales de nuestro bienestar como ciudadanos. En esta nueva comprensión, los derechos sociales ya no son una manera de asegurar prestaciones mínimas (de educación, o de protección de la salud, por ejemplo) a quienes no puede acceder a ellas en el mercado [...] bajo esta nueva comprensión el acceso y calidad de las prestaciones no está condicionado a la capacidad de pago de quienes las reciben (Salgado, 2019: 224).

En el caso de Chile, desde la perspectiva de una democracia social existe una deuda respecto al rol del Estado. A pesar de la relativización operativa a los paradigmas del neoliberalismo descarnado impuesto hasta 1990, persisten los desafíos para una sociedad con mayores niveles de cohesión. Ha habido progresos, no cabe duda; en términos de Fernando Atria el neoliberalismo de los últimos veinte años ha adquirido rostro humano, pero sigue siendo el Estado de Chile uno de corte neoliberal (Atria, 2013).

El tránsito de un Estado neoliberal a uno de corte social no será rápido ni fácil. Reclama intervención del legislador, también una implementación operativa en la administración del Estado, pero sobre todo voluntad política. El problema constitucional, por tanto, no sólo debe reducirse a lo técnico, sino que especialmente lo normativo (carácter político de la Carta). En ese sentido, la deliberación cobra un papel relevante, porque en los procesos de mutación hacia nuevos estadios de configuración en una comunidad, la estabilidad sólo se consigue con legitimación social. Por lo mismo, es necesario que un Estado social se caracterice por la apertura de espacios de participación, los que pueden ser por la vía de una democracia directa –plebiscitos, consultas–, como también a través de espacios institucionales de diálogo con mecanismos representativos y también por medio de una efectiva apertura y acceso a los medios de comunicación social.

De hecho, uno de los problemas del sistema democrático moderno es la calidad del debate público y la relación con los medios masivos, principalmente la televisión. Si bien, el diagnóstico y su implementación no es garantía de éxito, nada obsta que un Gobierno implemente un programa que tenga como horizonte un Estado social. Como señalan algunos, se trata de pensar estructuras institucionales “que puedan hacer más probable una forma de interacción política en que la mera negociación entre grupos de poder se torne menos frecuente, precisamente porque lo que se vuelve más usual es la deliberación entre ciudadanos acerca del interés general” (Atria, 2013: 107).

Conclusiones

En síntesis, Chile es ejemplo de laboratorio en la operativización de los postulados neoliberales, cercano al test del caso puro. Estas ideas, peregrinas en sus inicios y en las décadas de los años 50 y 60, han ido ganando fuerza y se han expandido por todo el mundo. Para nuestro caso, la Constitución de 1980 contiene fórmulas y enunciados que permiten la consolidación de un modelo que supone una abstención del Estado como agente económico y el despliegue de la iniciativa privada en todas las dimensiones de nuestra vida, pero lo relevante para este último caso es que esto se da con la base de la mercantilización de todas las esferas de convivencia social en el marco de una economía de mercado.

En este momento histórico, en el país se puede comenzar una discusión constitucional en serio y, por primera vez en nuestra historia, un texto fundamental surgirá desde las bases, de abajo hacia arriba. En este escenario, se abre también la posibilidad inédita de plasmar en la Constitución las bases fundamentales de nuestra convivencia de aquí y para las futuras generaciones. Como antaño el estado de derecho parecía una utopía, hoy estamos ante la posibilidad de constitucionalizar una nueva fórmula política que impactará a la ley y la administración: la República de Chile es un Estado social y democrático de derecho.

En definitiva, hoy más que nunca, Chile a través del proceso constituyente tiene la posibilidad histórica de cambiar una Constitución elitista de origen dictatorial por una Constitución ciudadana de origen democrático.

Referencias

- Atria, Fernando; Larraín, Guillermo; Benavente, José Miguel; Couso, Javier y Joignant, Alfredo (2013). *El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público*. Santiago: Debate.
- Atria, Fernando (2013): *Veinte años después: neoliberalismo con rostro humano*. Santiago: Catalonia.
- Barros, Robert (2002): *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, New York: Cambridge University Press.
- Bassa, Jaime, Viera, Christian (2017). *Elementos de teoría e interpretación constitucional para el Proceso Constituyente*. Santiago:Thompson Reuters.
- Cea, José Luis (2008): *Derecho Constitucional chileno*, Tomo I. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Chaparro, Patricio; Cumplido, Francisco (1983):“El proceso de toma de decisiones en el contexto político militar-autoritario chileno. Estudio de dos casos”, en: Garretón, Manuel Antonio et al., *Chile 1973-198?*, Flacso, Santiago, pp. 25-48.
- Cristi, Renato (2000): *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago: LOM ediciones.
- DL 1, de 11 de septiembre de 1973, Acta de Constitución de la Junta de Gobierno, *Diario Oficial*, Santiago, 18 de septiembre de 1973.
- DL 128, de 16 de noviembre de 1973, aclara sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley n° 1 de 1973, *Diario Oficial*, 16 de noviembre de 1973.
- DS 1064, de 25 de octubre de 1973, que crea oficialmente la Comisión Constituyente, *Diario Oficial*, Santiago, 12 de noviembre de 1973
- Faúndez, Eduardo (2016). “Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile”, en *Revista digital de Derecho Administrativo* n.º 15, primer semestre, pp. 207-231.
- Fernández, Miguel Ángel (2001). “Origen, legitimidad y consolidación de la Constitución”. en: *Revista de Derecho* (Valparaíso), n°22, pp. 328-377.
- Fuentes, Claudio (2013): *El Fraude*, Hueders, Santiago.
- Gaete, Sergio, et al (1980): “Declaración de profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile respecto de la convocatoria a plebiscito para ratificar la Constitución”, en: *El Mercurio*, Santiago, 24 de agosto, p. C.4.

- García-Pelayo, Manuel (1989): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- King, Desmond; Waldron, Jeremy (1988): "Citizenship, Social Citizenship and the defence of Welfare Provision", en *British Journal of Political Science*, n° 18, pp. 415-443.
- Lovera, Domingo (2019): "Derechos sociales en una nueva Constitución: el constitucionalismo transformador". En Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos; Viera, Christian, *La Constitución que queremos*, Lom ediciones, Santiago, pp. 111- 130.
- Muñoz, Fernando (2016). *Hegemonía y nueva Constitución: Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Ediciones Universidad Austral de Chile, Valdivia.
- Otano, Rafael (2006). *Nueva crónica de la Transición*, 2ª edición, Lom ediciones, Santiago.
- Programa de gobierno de Michelle Bachelett (2014-2018) Disponible: http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/noticias/archivos/programamb_1_0.pdf
- Quinzio Figueredo, Jorge (2002) "¿Reformas a la Constitución Política o una nueva Constitución Política? Chile necesita una Constitución generosa" *Revista de Derecho (Concepción)*, vol. 1, vol. 1, n°212, pp.173-177.
- Sánchez Agesta, Luis (1951): *Lecciones de Derecho Político*. 4ª edición-, Librería Prieto, Granada.
- Salvat, Pablo (2002): *El porvenir de la equidad*, Santiago, Lom ediciones /Universidad Alberto Hurtado.
- Salgado, Constanza (2019): "El derecho a la educación en una nueva Constitución. En Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos; Viera, Christian, *La Constitución que queremos*, Lom ediciones, Santiago, pp. 213-240.
- Sir, Hugo (2016): "Esfuerzo". En Estupiñán, Mary Luz, *El abc del neoliberalismo*, Communes, Viña del Mar, pp. 125-145.
- Vallejo, Rodrigo (2016): "La constitución económica chilena: Un ensayo en (de) construcción". *Estudios Constitucionales*, vol. 14, n°1, pp. 247-290.
- Viera, Christian (2010). "La interpretación del principio de subsidiariedad en la Constitución chilena. Una mirada crítica a su fundamento en la Doctrina Social de la Iglesia". *Revista de Ciencias Sociales*, n° 57, pp. 103-131.
- Viera, Christian; Bassa, Jaime; Ferrada, Juan Carlos. (2016): "Una aproximación a la idea de "Constitución Económica" y sus alcances en la Constitución chilena". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 49, n°145, pp. 325-359.

